Cobrança Judicial de Dívida Garantida por Alienação Fiduciária de Imóvel: um Diálogo entre o Direito Civil e o Processo Civil

Professor Carlos Elias

E-BOOK
GRATUITO

CONTEÚDO

Carlos Elias

Professor de Direito Civil, Notarial e de Registros Públicos na Universidade de Brasília – UnB, no IDP/DF, na Fundação Escola Superior do MPDFT – FESMPDFT, no EBD-SP, na Atame do DF e de GO e em outras instituições. Consultor Legislativo do Senado Federal em Direito Civil, Advogado, ex-Advogado da União e ex-assessor de ministro STJ. Doutorando, mestre e bacharel em Direito (UnB). Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual – IBDCont.

COBRANÇA JUDICIAL DE DÍVIDA GARANTIDA POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL: UM DIÁLOGO ENTRE O DIREITO CIVIL E O PROCESSO CIVIL

EMENTA

Texto sobre o cabimento de execução judicial de crédito garantido por alienação fiduciária em garantia de imóveis e sobre os limites a serem observados pelo exequente quanto aos bens penhoráveis e ao valor máximo da dívida exequenda.

DEFINIÇÃO E LEGISLAÇÃO (capítulo 2). A alienação fiduciária em garantia é um negócio fiduciário e consiste na alienação de uma coisa sob condição resolutiva consistente no adimplemento da dívida. Quando recai sobre imóveis, a disciplina legal é dada pela Lei n. 9.514/1997, que, por ser lei específica, prevalece sobre as normas gerais previstas nos arts. 1.361 ao 1.368-B do CC. Há ainda o art. 9º da Lei n. 13.476/2017, que vigora apenas para instituições financeiras e que se limita a afastar a regra da extinção da dívida prevista no § 5º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997.

NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA (capítulo 3). A alienação fiduciária em garantia é uma garantia real, na modalidade de direito real "em" garantia, e não de direito real "de" garantia nem de direitos obrigacionais em garantia real. Envolve, portanto, uma "coisa dada em garantia".

FACULTATIVIDADE DA VIA JUDICIAL (capítulo 4.3). O procedimento extrajudicial de execução da alienação fiduciária em garantia prevista na Lei n. 9.514/1997 é facultativa. O credor pode escolher a via judicial, mas há necessidade de observar as particularidades abaixo. O inciso III do art. 19 da Lei n. 9.514/1997 e a ausência de proibição legal respaldam esse entendimento.

OBJETO DA PENHORA (capítulo 4.4). Ao executar judicialmente a garantia fiduciária, o credor fiduciário tem duas opções, com iguais resultados práticos: (a) a consolidação da propriedade ou (b) a penhora e a adjudicação do direito de aquisição. Em ambos os casos, deve-se aplicar as regras de penhora e adjudicação previstos no CPC.

LIMITES AOS BENS PENHORÁVEIS (capítulo 4.5). Em regra, na via judicial, o credor fiduciário tem de penhorar o imóvel alienado fiduciariamente (art. 835, § 3º, do CPC). É admissível, porém, que o credor fiduciário deixe o imóvel onerado em estado de espera e promova penhora de bens em posição superior ao imóvel na lista preferencial de bens penhoráveis do

art. 835 do CPC. Não é viável, porém, essa preterição da penhora do imóvel onerado se o credor fiduciário for promover a penhora de bens em posição subalterna à lista preferencial do art. 835 do CPC.

– Entendimento diverso permitiria o credor fiduciário manipular o Judiciário para transformá-lo em uma "aplicação financeira" e em um instrumento de extorsão contra o devedor, o que violaria o princípio da menor onerosidade da execução para o devedor (art. 805 do CPC), da dignidade da pessoa humana (art. 8º do CPC), da conservação da empresa (incidência analógica do art. 47 da Lei n. 11.101/2005), da duração razoável do processo (art. 139, II, do CPC), do duty to mitigate the loss (art. 5 do CPC e art. 187 do CC). Em situação excepcional, além da responsabilidade civil (art. 186 e 927 do CC), o credor fiduciário pode perder o direito aos juros moratórios durante esse período de postergação em razão da Regra da Irreparabilidade do Dano Evitável – RIDE (art. 5º do CPC e art. 187 do CC).

– No ambiente do Estado de Direito, a execução judicial há de ser justa, mas sem justiçamento. Há de ser efetiva, mas sem arruinamento. Há de ser um palco sem espaço para asfixias, extorsões ou degolas.

LIMITE AO VALOR DA DÍVIDA COBRADA: EXTINÇÃO DO SALDO DEVEDOR REMANESCENTE (capítulo 4.6). A regra da extinção do saldo devedor remanescente prevista no § 5º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997 é regra de direito material, e não de direito processual, e consiste em uma condição resolutiva que se impregna ao crédito garantido pela alienação fiduciária em garantia de imóvel. Logo, ela deve ser observada ainda que o credor fiduciário opte pela execução judicial do crédito, de maneira que os atos de expropriação não podem ultrapassar o valor do imóvel onerado.

– Se se tratasse de crédito de instituição financeira nascido após a Lei n. 13.476/2017, não se aplicaria a extinção do saldo devedor remanescente em razão de o seu art. 9º afastar a regra do § 5º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997.

1. INTRODUÇÃO

Temos observado credores ajuizando no judicial para cobrar dívidas garantidas por alienação fiduciária de imóvel no lugar de valer-se da execução extrajudicial da Lei n. 9.514/1997.

E, nessa empreitada judicial, há credores que, no lugar de penhorar o imóvel onerado, deixam-no "de molho" (pois ele já está "constrito") e partem para táticas de penhoras destinadas a asfixiar o devedor, buscando a penhora de vários outros bens, com inclusão de penhora de créditos que o devedor tem perante seus parceiros comerciais.

Há também credores que, ao verificar que a dívida está em valor superior ao imóvel alienado fiduciariamente, receiam que o saldo devedor remanescente após a execução do imóvel seja extinto, nos termos do § 5º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997, razão por que enveredam pelo caminho judicial para buscar esquivar-se dessa extinção.

Essas práticas são devidas?

Mediante um diálogo entre Direito Civil e Processo Civil, este texto destina-se a, de forma bem objetiva e prática, enfrentar três questões problemáticas envolvendo ações judiciais cobrando dívidas garantidas por alienação fiduciária em garantia sobre imóvel:

a) O credor com garantia fruto de alienação fiduciária em garantia sobre imóvel pode ou não preferir a via judicial ao procedimento extrajudicial da Lei n. 9.514/1997?

b) No caso de ser positiva a pergunta anterior, durante o rito executivo judicial, o credor pode promover qualquer ato de constrição judicial sem abranger o imóvel dado em garantia, deixando a excussão desse imóvel apenas para o momento em que lhe aprouver, tudo isso enquanto o valor da dívida é engrossado com juros moratórios de 1% a.m. e a correção monetária pelo INPC?

c) Se a resposta for negativa para a pergunta anterior, quais são as diretrizes que devem guiar a atuação judicial do credor em busca da satisfação do crédito, notadamente quanto à incidência ou não da extinção do saldo devedor remanescente do § 5º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997?

Passamos a enfrentar as questões de modo objetivo.

2. LINHAS CONCEITUAIS SOBRE A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A LEGISLAÇÃO

2.1. Definição

A alienação fiduciária em garantia consiste na transferência da propriedade do bem pertencente ao devedor fiduciante ao credor fiduciário, sob a condição resolutiva consistente no adimplemento da dívida.

Com a alienação fiduciária, o devedor perde a propriedade, e o credor – assumindo a propriedade resolúvel do bem – passa a ser dono até que ocorra o evento futuro e incerto do pagamento integral da dívida.

Só remanesce ao devedor, além da posse direta sobre a coisa (por conta do constituto possessório previsto no § 2º do art. 1.361 do CC), o direito de readquiri-la, caso a dívida garantida seja integralmente paga. Trata-se do chamado direito real de aquisição do devedor fiduciário, conforme art. 1.368-B do CC (na verdade, é um direito real de reaquisição).

Portanto, na alienação fiduciária em garantia, o credor fiduciário passa a ser titular do direito real de propriedade sob condição resolutiva (propriedade fiduciária), e o devedor fiduciante fica com a titularidade de um direito real de aquisição.

A alienação fiduciária em garantia é contrato bilateral que, quando é registrado no órgão competente, constitui a propriedade fiduciária em favor do credor fiduciário. A propriedade fiduciária é um direito real e, portanto, é oponível *erga omnes*, de maneira que o credor fiduciário (como seu titular) pode reivindicar a coisa perante quem quer que seja.

2.2. Alienação Fiduciária em Garantia como Espécie de Negócio Fiduciário

Negócios fiduciários são aqueles que envolvem a transferência de uma coisa sob condição resolutiva. Diz-se fiduciário, porque esse negócio envolve uma relação de confiança: o transferente está depositando sua confiança (fidúcia) em quem recebe a coisa, acreditando que este restituirá a coisa logo que se implementar a condição resolutiva. Daí decorre que quem transfere a coisa sob condição resolutiva é chamado de fiduciante (porque está confiando) e quem recebe a coisa é batizado de fiduciário (porque recebe a fidúcia). Portanto, no negócio fiduciário, as partes são o fiduciante e o fiduciário[1].

Entre as várias espécies de negócios fiduciários, está a alienação fiduciária em garantia, cuja característica é a de que a condição resolutiva consiste no adimplemento de uma dívida. Nela, o fiduciante transfere a coisa ao fiduciário sob a condição resolutiva consistente no pagamento de uma determinada dívida. Por sua natureza, a alienação fiduciária em garantia é um contrato anexo: supõe um contrato principal que prevê a dívida garantida (ex.: um contrato de empréstimo bancário). O credor no contrato principal é quem, pelo contrato de alienação fiduciária, recebe a coisa sob condição resolutiva, donde falar-se em "credor fiduciário". É equivocado falar em "credor fiduciante", pois nunca o credor no contrato principal é o fiduciante no contrato de alienação fiduciária em garantia (AFG). Por outro lado, como geralmente o fiduciante no contrato de AFG é o devedor (principal ou um terceiro devedor) no contrato principal, fala-se em "devedor fiduciante". De fato, é possível que um terceiro seja o fiduciante, como na hipótese de um pai que decide alienar fiduciariamente um imóvel em garantia de uma dívida do filho. Nesse caso, no contrato principal, o devedor principal é o filho, ao passo que o pai é apenas um terceiro devedor pela dívida, e, no contrato de AFG, o fiduciante é o pai.

Portanto, em termos de nomenclatura, pode-se falar em "credor fiduciário" e em "devedor fiduciante"; jamais podem-se mesclar essas expressões. Pode-se também simplesmente falar em fiduciante e em fiduciário.

Com a alienação fiduciária em garantia, o credor fiduciário passa a ser titular da propriedade fiduciária (que é a propriedade resolúvel por decorrer de um negócio fiduciário). Cabe, aqui, a advertência de que propriedade fiduciária não é exclusiva da alienação fiduciária, como, com a habitual precisão cirúrgica, adverte um do mais respeitados civilistas contemporâneos, Flávio Tartuce:

> "Ainda quanto à categorização jurídica, é pertinente esclarecer que a propriedade fiduciária poderá ter origem distinta da alienação fiduciária em garantia. Um exemplo de propriedade fiduciária que não envolve a garantia é o fideicomisso. Explica Orlando Gomes que no fideicomisso a propriedade é fiduciária, pois baseada na confiança, e também resolúvel, pois se extingue com a condição resolutiva ou com o termo final (Direitos reais..., 2004, p. 270). Somente relembrando, o fideicomisso ocorre quando o testador institui herdeiros ou legatários, impondo a um deles, o fiduciário, a obrigação de, por sua morte, ou sob certa condição, transmitir a outro, que se qualifica fideicomissário, a herança ou o legado (ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. Tratado ..., 1952, v. 2, p. 588). (...)"[2]

---

[1] Reportamo-nos à melhor obra brasileira sobre o tema: CHALHUB, Melhim Namen. **Negócio fiduciário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

[2] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 4.** Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 728.

2.3. Legislação

Os arts. 1.361 ao 1.368-B do CC são as normas gerais de alienação fiduciária sobre bens móveis e imóveis. Elas são aplicadas naquilo que não contrariar normas específicas.

No caso de imóveis, há a Lei n. 9.514/1997, que é lei específica e, portanto, prevalece sobre essas normas gerais no que houver incompatibilidade. Há ainda o art. 9º da Lei n. 13.476/2017, que vigora apenas para instituições financeiras e que se limita a afastar a regra da extinção da dívida prevista no § 5º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997.

No caso de bens móveis, há também normas específicas a prevalecer sobre as gerais no que for incompatível: o Decreto-Lei n. 911/1969 (prevê rito da ação de busca e apreensão aplicável apenas para os casos do seu art. 8º-A) e o art. 66-B da Lei n. 4.728/1965 (aplicável apenas para dívidas no mercado financeiro e de capitais).

3. DA NATUREZA JURÍDICA DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA: UM DIREITO REAL EM GARANTIA

3.1. Introdução

A alienação fiduciária em garantia é uma garantia real por meio da qual o devedor dá, em garantia, o direito real de propriedade de uma coisa sob a condição suspensiva consistente no inadimplemento de uma dívida. Tem natureza jurídica de garantia real, na modalidade de direito real em garantia.

Explica-se nos próximos subcapítulos.

3.2. Formas de Garantia de Obrigações

As formas de garantia de dívidas podem ser divididas em duas espécies:

a) *Garantias reais*: são aquelas que recaem em uma coisa e podem ser divididas em três grupos: (1) os direitos reais DE garantia, o que abrange a hipoteca, o penhor e anticrese; (2) os direitos reais EM garantia; (3) os direitos obrigacionais com garantia real.

b) *Garantias pessoais ou fidejussórias*: são aquelas que recaem nos bens em geral de uma pessoa.

3.3. Garantias Reais: Direitos Reais de Garantia, Direitos Reais em Garantia e Direitos Obrigacionais em Garantia Real

As garantias reais consistem naquelas em que um bem fica vinculado prioritariamente à satisfação de determinada dívida. A garantia é uma coisa específica (*res* – daí o adjetivo <u>real</u> para a garantia).

Como espécies de garantias reais, temos (1) os direitos reais de garantia; (2) os direitos reais em garantia[3] e (3) os direitos obrigacionais em garantia real.

Os direitos reais de garantia são a hipoteca, o penhor e a anticrese. São direitos reais sobre coisa alheia tipificados em lei como direitos reais. Entendemos que a caução de direito creditório ou de direito aquisitivo também deve ser tida como direito real de garantia, pois o art. 17, § 1º, da Lei n. 9.514/1997 explicitamente a catalogou como um direito real, e a sua finalidade é para a garantia. Aí se inclui também a caução do direito real de aquisição, seja do devedor fiduciante (art. 1.368-B do CC), seja do promitente comprador (art. 1.417 do CC).

Os direitos reais em garantia correspondem a restrições impostas ao direito real de propriedade, como sucede no patrimônio de afetação ou na utilização de termo, condição e encargo, ou a outro direito real. Consideramos que se trata de direitos reais, porque, na verdade, os direitos em garantia dizem respeito a variações do direito real de propriedade ou de outro direito real por meio de lei ou por meio do uso criativo de elementos acidentais do negócio jurídico (termo, condição e encargo).

A propriedade fiduciária é um exemplo, por ser fruto da utilização de um negócio fiduciário, no qual há a alienação do bem ou a cessão de um direito sob a condição resolutiva consistente no inadimplemento. Ex.: alienação fiduciária em garantia, cessão fiduciária de direito creditório (art. 17, § 1º, da Lei n. 9.514/1997; art. 41 da Lei n. 11.076/2004) e a cessão fiduciária de quota de fundo de investimento (art. 37, IV, da Lei n. 8.245/1991).

Em princípio, outros direitos reais além do de propriedade também poderiam ser submetidos a restrições criativas destinadas a servir de garantia. É caso, por exemplo, da instituição onerosa de um usufruto sob condição resolutiva consistente no inadimplemento do preço.

Os direitos obrigacionais em garantia real dizem respeito a direitos que, embora não sejam tipificados como direitos reais, se prestam a vincular uma coisa como garantia de uma dívida.

Quando houver previsão legal, esses direitos obrigacionais podem produzir efeitos contra terceiros, caso em que terão a eficácia de um direito real. Trata-se dos chamados “direitos obrigacionais com eficácia real”. Todavia, eles não poderão ser chamados de direitos reais por falta de batismo legal expresso (princípio da taxatividade dos direitos reais).

Nessa última categoria, podem-se incluir as cauções de bens, a exemplo das que são dadas em locação (art. 38 da Lei n. 8.245/1991) e das que se destinam a impedir o penhor legal (art. 1.472 do CC). Também são abrangidos os endossos-cauções de títulos de créditos e as cauções de títulos de crédito, como as cauções de títulos da dívida pública como forma de afastar a hipoteca legal (art. 1.491 do CC). Outros exemplos são a cláusula reserva de

---

[3] Como lembra Fábio Ulhoa Coelho, trata-se de nomenclatura utilizada por Moreira Alves e Pontes de Miranda, mas aqui a ajustamos para abranger situações além da propriedade fiduciária (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, volume 4: direito das coisas, direito autoral**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 227-228).

domínio (condição suspensiva consistente no pagamento no contrato de venda de um bem móvel) e o pacto comissório no contrato de compra e venda (vendedor estipula o inadimplemento do preço como condição resolutiva).

Se, porém, inexistir previsão legal, esses direitos obrigacionais em garantia só terão eficácia *inter partes*. É o caso, por exemplo, do caso de cauções de bens ou de direitos baseadas genericamente na liberdade contratual.

3.4. Garantia Pessoal ou Fidejussória e o Caso do Seguro

A garantia pessoal ou fidejussória é aquela em que terceira pessoa obriga-se a pagar a dívida no caso de inadimplemento do devedor. O foco da garantia não é um bem específico, como na garantia real, e sim a confiança (daí o adjetivo *fide*jussório[4]) que o credor terá na solvência da pessoa do terceiro (daí o adjetivo *pessoal*).

Os principais exemplos são a fiança e o aval.

Entendemos, porém, que outros negócios típicos ou atípicos pelos quais um terceiro se vincula a garantir o pagamento da dívida também se enquadram como garantias pessoais.

O próprio contrato de seguro pode ser utilizado como uma garantia pessoal; basta que o sinistro diga respeito ao adimplemento de uma obrigação. Como exemplo, consideramos que o seguro pactuado para o adimplemento de dívidas no caso de morte (seguro prestamista) do devedor seria um exemplo de garantia pessoal: a seguradora assume a responsabilidade pelo pagamento da dívida no caso de ocorrer o sinistro. Outro exemplo é o seguro de fiança locatícia, que nada mais é do que um seguro para cobrir, como sinistro, o inadimplemento da dívida pelo inquilino (art. 37, III, da Lei n. 8.245/1991).

4. DO REGIME JURÍDICO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA SOBRE IMÓVEIS: A OBRIGATORIEDADE OU NÃO DO RITO EXTRAJUDICIAL E A EXTINÇÃO DO SALDO DEVEDOR REMANESCENTE

4.1. Introdução

O regime jurídico da alienação fiduciária em garantia sobre imóveis é prioritariamente desenhado pela Lei n. 9.514/1997 e, de forma subsidiária, pelas regras do Código Civil, respeitadas, porém, leis especiais, como a regra do art. 9º da Lei n. 13.476/2017.

Desse regime destacam-se quatro questões: (1) há ou não obrigatoriedade na adoção do rito judicial?; (2) em sendo admitida a via judicial, se o credor fiduciário quiser excutir a garantia fiduciária, qual objeto será alvo da penhora?; (3) ainda na via judicial, o credor fidu-

[4] *Fide*, em latim, significa confiança, fé, lealdade.

ciário pode preterir a penhora do imóvel alienado fiduciariamente para promover constrições de outros bens?; e (4) a regra da extinção do saldo devedor remanescente é ou não aplicável na via judicial?

Antes, porém, convém conhecer o procedimento extrajudicial de execução da alienação fiduciária.

4.2. Procedimento Judicial

Em se tratando de alienação fiduciária em garantia (AFG) sobre imóveis, o procedimento de cobrança pode seguir um rito executivo extrajudicial, é disciplinado pelos arts. 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997 e pode ser utilizado por qualquer credor fiduciário, mesmo quem não seja instituição financeira.

O procedimento ocorre mediante requerimento ao Cartório de Imóveis, que promoverá a intimação do devedor fiduciante para purgar a mora (pagar as prestações atrasadas com todos os encargos acessórios) em 15 dias, sob pena de consolidação da propriedade. Se o devedor purgar a mora, o procedimento se extingue, e a propriedade fiduciária segue em vigor para garantir o pagamento das prestações vincendas da dívida garantida. Se, porém, o devedor não pagar, haverá a consolidação da propriedade.

A consolidação da propriedade ocorre mediante averbação na matrícula do imóvel a ser feita pelo oficial de registro de imóveis após o transcurso do prazo de 15 dias da notificação do devedor fiduciante sem purgação da mora (art. 26 da Lei n. 9.514/1997).

Apesar disso, em respeito à vedação do pacto comissório (proibição de o credor ficar com a coisa objeto da garantia sem um rito formal de execução), a Lei n. 9.514/1997 exige que o credor fiduciário promova público leilão da coisa, utilizando o dinheiro obtido para a quitação da dívida com entrega ao devedor de eventual valor remanescente. Esse leilão deve ser feito por um leiloeiro oficial, que são profissionais liberais registrados na Junta Comercial. Frustradas duas tentativas de leilão, o credor fiduciário fica isento da obrigação de tentar outro leilão da coisa e, assim, poderá exercer, como lhe aprouver, o seu direito de propriedade.

Apesar do silêncio legal, o devedor tem direito de ser intimado previamente ao leilão extrajudicial (STJ, AgInt no AREsp 1109712/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 06/11/2017).

Ademais, embora o art. 26, § 1º, da Lei n. 9.514/1997 preveja o direito de o devedor fiduciante purgar a mora no prazo de 15 (quinze) dias após a intimação, o STJ admite que a purgação da mora seja feita mesmo após a consolidação da propriedade, especificamente até a data da assinatura do auto de arrematação por força da aplicação analógica do art. 34 do Decreto-Lei n. 70/1996 (STJ, REsp 1462210/RS, 3ª Turma, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 25/11/2014). Há, porém, uma particularidade: a purgação da mora após a consolidação da propriedade ocorrerá mediante o pagamento da dívida integral – pois já ocorreu

o vencimento antecipado dela – e das pertinentes despesas administrativas. Já a purgação da mora na hipótese do art. 26, § 1º, da Lei n. 9.514/1997 envolve o pagamento apenas das prestações vencidas com as pertinentes despesas administrativas.

4.3. Cabimento do Rito Judicial ao Talante do Credor

Entendemos que o credor fiduciário pode optar entre qualquer uma das vias disponíveis para a execução da dívida garantida por alienação fiduciária em garantia de imóvel (a judicial ou a extrajudicial), seja porque o inciso III do art. 19 da Lei n. 9.514/1997 garante ao credor fiduciário valer-se dos meios "judiciais ou extrajudiciais" para receber os seus créditos, seja porque a referida lei jamais proibiu a via judicial expressamente.

E, em adotado o rito judicial, o procedimento adequado é a execução de título executivo extrajudicial, pois o contrato garantido por alienação fiduciária em garantia deve ser enquadrado como título executivo extrajudicial por meio de uma interpretação extensiva da expressão "outro direito real de garantia" no art. 784 do CPC[5].

Diante da falta de texto expresso no CPC lidando com a alienação fiduciária em garantia de imóvel, há necessidade de adaptações no procedimento judicial, conforme exporemos abaixo.

4.4. Objeto da Penhora

Ao valer-se da execução judicial para executar a garantia fiduciária, o texto do CPC não é claro em indicar qual será o objeto da penhora.

Entendemos que, na verdade, o credor fiduciário poderá adotar duas alternativas, ambas que chegam ao mesmo resultado prático: (1) pedir a consolidação da propriedade fiduciária, o que representa um reconhecimento judicial da impossibilidade superveniente da condição resolutiva inerente à alienação fiduciária em garantia; (2) pedir a penhora e a adjudicação do direito real de aquisição do devedor fiduciante na forma da lei processual, caso em que haverá automática consolidação da propriedade.

Na primeira hipótese, entendemos que o pedido de consolidação da propriedade deve ser considerado, por analogia, como uma penhora para efeitos processuais, de maneira que o devedor terá direito de se manifestar na forma e nos prazos previstos para as hipóteses de penhora.

Na segunda hipótese, já se deve seguir as regras processuais para a penhora e a adjudicação.

---

[5] A finalidade do inciso V é abranger todos os contratos com garantias reais diante do fato de que sua constituição costuma exigir solenidades, tal como sucede na alienação fiduciária em garantia (que é um direito real em garantia) e direitos reais de garantia. Veja o preceito: "Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...) V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução; (...)"

4.5. Limites aos Bens Penhoráveis

Indaga-se: o credor pode tentar a penhora de outros bens do devedor para, no futuro, na hipótese de frustração dessas tentativas, endereçar a constrição judicial para o imóvel alienado fiduciariamente?

A resposta, ao nosso aviso, é que essa postura do credor de deixar, em estado de espera, o imóvel alienado fiduciariamente só é admissível se a sua tentativa de penhora recair sobre bens situados em grau superior aos imóveis na ordem de bens penhoráveis do art. 835 do CPC. Em outras palavras, tendo em vista que os imóveis estão em quinto lugar nessa lista preferencial (inciso V), o credor só poderá deixar o imóvel alienado fiduciariamente como "soldado de reserva" se for para direcionar primordialmente as suas investidas expropriatórias sobre dinheiro, títulos mobiliários e veículos (incisos I a IV).

Não poderá o credor deixar o imóvel onerado "de molho" enquanto ele busca a penhora de outros imóveis ou de outros bens em posição inferior na ordem preferencial do art. 835 do CPC (como direitos de crédito, percentual do faturamento de empresa etc.).

Se tal fosse admitido, teríamos a indigesta possibilidade de um astuto credor, especialmente em tempos de taxa básica de juros em patamares reduzidos, transformar o Judiciário em uma verdadeira "aplicação financeira" ou em um instrumento de extorsão contra o devedor, pois, como o crédito já está garantido fiduciariamente por um imóvel, o credor tem a segurança de que sua dívida, acrescida dos encargos moratórios (que costumam ser mais rentáveis que grande partes das aplicações financeiras[6]), será satisfeita após as suas arbitrárias investidas contra o patrimônio do devedor.

Com essas suas abusivas perambulações constritivas, o credor causaria o retardamento do desfecho do rito executivo, prorrogando o estado torturante de pressão pessoal, econômica e moral sobre o devedor (que, por exemplo, seguirá com restrições de créditos, seja por conta de inscrições em cadastros de inadimplentes, seja pela certidão positiva de feitos judiciais) e aumentando o lucro com o engorduramento da dívida em razão da incidência dos atrativos encargos moratórios.

Além disso, por meio dessas tergiversações de penhora, o credor poderia causar a ruína completa das atividades profissionais e empresariais do devedor por meio de estratégicos pedidos de penhoras, do que dão exemplo as penhoras de créditos que o devedor acaso tenha perante os seus parceiros comerciais. Essas penhoras costumam ocorrer mediante proibições de pagamentos dos parceiros para o devedor, interrompendo o fluxo de caixa da empresa do devedor, e mediante pedidos de informações judiciais que impõem aos parceiros comerciais despesas operacionais com busca de documentos e com a contratação de advogados para responder ao juízo, manchando letalmente a reputação do devedor no mercado.

[6] É comum que, por pacto das partes, os encargos moratórios correspondam a juros moratórios de 1% a.m. acrescido de correção monetária pelo INPC, IGP-M ou IPCA.

Enfim, essa circunlocução executiva violaria o princípio da menor onerosidade da execução para o devedor (art. 805 do CPC), da dignidade da pessoa humana (art. 8º do CPC), da conservação da empresa (incidência analógica do art. 47 da Lei n. 11.101/2005) e da duração razoável do processo (art. 139, II, do CPC). Desrespeitaria, outrossim, o *duty to mitigate the loss* (dever de mitigar as próprias perdas), que estabelece ao credor o dever de abster-se de adotar uma conduta que catapulte para o alto o valor da dívida (aumento das perdas) e, assim, agrave a situação do devedor, tudo decorrente da boa-fé objetiva (art. 5º do CPC e art. 187 do CC).

Aliás, caso o credor se valha dessa abusiva circum-navegação executiva, contornando a penhora do imóvel alienado fiduciariamente e arrastando o processo em longos período de investidas constritivas abusivas, há ato ilícito a credenciar não apenas a sua responsabilização civil (arts. 186 e 927 do CC), mas também a perda do direito aos juros moratórios durante esse período de postergação em razão da Regra da Irreparabilidade do Dano Evitável – RIDE (que decorre da boa-fé objetiva – art. 5º do CPC e art. 187 do CC).

Ademais, se, nessas empreitadas procrastinatórias e abusivas, o devedor sofrer penhora em algum imóvel ou em algum bem situado abaixo dos imóveis na lista preferencial do art. 835 do CPC, cabe-lhe pedir a substituição dessa penhora pelo imóvel alienado fiduciariamente com fulcro nos arts. 620, parágrafo único, e 847 do CPC.

No ambiente do Estado de Direito, a execução judicial há de ser justa, mas sem justiçamento. Há de ser efetiva, mas sem arruinamento. Há de ser um palco sem espaço para asfixias, extorsões ou degolas. Enfim, no cenário do direito e processo civis contemporâneo, o executado não pode ser lançado na escuridão do labirinto de Minos sem a companhia de Ariadne e Teseu[7].

O entendimento supracitado se funda no art. 835, § 3º, do CPC, que é textual em afirmar que, *"na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora"*. Esse dispositivo exige que os atos de constrição recaiam sobre o bem garantido, e não sobre outros; todavia, conforme já expusemos, flexibilizando esse tão incisivo dispositivo, não vemos obstáculos a que o credor possa tentar penhorar previamente bens em posição superior à do bem dado em garantia na lista preferencial do art. 835 do CPC. É vedada, porém, essa preterição da penhora do bem objeto da garantia real em favor da tentativa de penhora de bens situados em colocação igual ou mais subalterna na referida lista.

4.6. Limites ao Valor da Dívida Cobrada: a Extinção do Saldo Devedor Remanescente

Na alienação fiduciária em garantia de imóveis, há previsão expressa de extinção de eventual saldo devedor remanescente na hipótese de serem frustradas as duas tentativas de leilão

[7] Tomando emprestada a belíssima metáfora do jurista Marcos Catalan (2019).

do imóvel (art. 27, § 5º, da Lei n. 9.514/1997). Tal extinção do saldo devedor remanescente não se dá quando se tratar de crédito decorrente de contratos firmados por instituições financeiras após a Lei n. 13.476/2017, conforme seu art. 9º.

Nesse ponto, indaga-se: essa extinção se estende ou não para o rito judicial? Em outras palavras, o credor fiduciário pode "driblar" essa extinção do saldo devedor remanescente fugindo do rito extrajudicial e adotando o judicial?

A resposta, s.m.j., é um sonoro não.

O meio pelo qual se pode cobrar uma dívida é regra de direito processual, e não de direito material. Se o credor escolhe um rito extrajudicial ou um judicial, isso é questão de direito processual.

Quando, porém, se trata da extinção do saldo devedor remanescente na forma do § 5º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997, não se está diante de uma regra de direito processual, e sim de direito material. Trata-se de uma condição resolutiva legal que se impregna ao crédito garantido pela alienação fiduciária em garantia de imóvel, de maneira que o procedimento escolhido para a cobrança não é capaz de expungir esse elemento do negócio jurídico[8].

Há motivos para o legislador ter imposto essa condição resolutiva aos créditos garantidos por alienação fiduciária em garantia de imóveis. É que essa garantia real é muito mais robusta do que as demais por implicar a transferência do direito real de propriedade, ainda que resolúvel, para o credor. No caso de falência, por exemplo, o credor fiduciário não sofrerá prejuízo algum, pois ele, ao contrário dos demais credores com garantias reais, não participará do quadro geral de credores: o credor fiduciário poderá simplesmente pedir a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, livrando-o de integrar a massa falida que será repartido entre os vorazes credores (arts. 48, § 3º, e 85 da Lei n. 11.101/2005). Igualmente, o credor fiduciário dispõe de um rito executivo extrajudicial como uma alternativa mais célere e menos custosa, ao contrário dos demais direitos reais de garantia (art. 27 da Lei n. 9.514/1997).

Aos bônus, porém, correspondem ônus. *There's no such thing as a free lunch*[9]. O credor fiduciário, como ônus, tem contra si a condição resolutiva do § 5º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997, de maneira que, se o saldo devedor vier a exceder o valor do imóvel alienado fiduciariamente, haverá a extinção do saldo devedor remanescente. Em poucas palavras, o devedor, ao abrir mão temporariamente do direito real de propriedade em prol do credor fiduciário, tem a garantia legal de que, na pior das hipóteses, perderá apenas o seu imóvel, sem ter de pagar qualquer saldo devedor remanescente.

Assim, tendo em vista que o § 5º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997 é uma condição resolutiva impregnada ao crédito garantido pela alienação fiduciária em garantia (direito material), ela deve ser observada independentemente do procedimento executivo adotado, judicial ou extrajudicial (direito processual), de maneira que, na execução judicial, não será admitido que a expropriação exceda ao valor do imóvel alienado fiduciariamente.

---

[8] Termo, condição e encargo são elementos do negócio jurídico (elementos acidentais, mais especificamente), o que só confirma a natureza de direito material da condição resolutiva prevista no art. 27, § 5º, da Lei n. 9.514/1997.

[9] Não existe almoço grátis, em tradução livre.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, em resposta a todas as indagações feitas no pórtico deste texto, averba-se o seguinte:

a) **Questão 1: o credor com garantia fruto de alienação fiduciária em garantia sobre imóvel pode ou não preferir a via judicial ao procedimento extrajudicial da Lei n. 9.514/1997?** Sim, por força do inciso III do art. 19 da Lei n. 9.514/1997 e da falta da proibição legal (capítulo 4.3.);

b) **Questão 2: no caso de ser positiva a pergunta anterior, durante o rito executivo judicial, o credor pode promover qualquer ato de constrição judicial sem abranger o imóvel dado em garantia, deixando a excussão desse imóvel apenas para o momento em que lhe aprouver, tudo isso enquanto o valor da dívida é engrossado com juros moratórios de 1% a.m. e a correção monetária pelo INPC?** Não; há limites por força do § 3º do art. 835 do CPC. O credor só pode promover a penhora de bem situado em posição superior ao imóvel na lista preferencial de bens penhoráveis do art. 835 do CPC. É vedada, porém, essa preterição da penhora do imóvel onerado em favor da tentativa de penhora de bens situados em colocação igual ou mais subalterna na referida lista (capítulo 4.5).

c) **Questão 3: se a resposta for negativa para a pergunta anterior, quais são as diretrizes que devem guiar a atuação judicial do credor em busca da satisfação do crédito, notadamente quanto à incidência ou não da extinção do saldo devedor remanescente do § 5º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997?** Além do que foi exposto na resposta anterior, acresça-se que a extinção do saldo devedor, por ser uma condição resolutiva impregnada ao crédito garantido pela alienação fiduciária em garantia de imóvel, deve ser observada na via judicial, de maneira os atos de expropriação judicial não podem ultrapassar o valor do imóvel onerado (capítulo 4.6).